

LAS MALAS PRÁCTICAS DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA

AUTOR

Lida Adriana García Badillo
Ingeniera Comercial con énfasis en Mercadeo
nana_garcia_badillo@hotmail.com

“Artículo presentado como trabajo final de Especialización en Gerencia Integral de Proyectos”

TUTOR

Ing. Guillermo Roa Rodríguez, MSc

Maestría en Ingeniería Mecatrónica de la Universidad Nueva Granada
Especialización en Gerencia de proyectos de la Universidad Nueva Granada
Ingeniero en Mecatrónica - Universidad Militar Nueva Granada
Coordinador Especialización en Gerencia Integral de Proyectos y
Maestría en Gerencia de Proyectos de la Universidad Militar Nueva Granada
guillermo.roa@unimilitar.edu.co



**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE INGENIERÍA
ESPECIALIZACIÓN EN GERENCIA INTEGRAL DE PROYECTOS
DICIEMBRE 2015**

LAS MALAS PRÁCTICAS DE LA FIDUCIA EN COLOMBIA

THE BAD PRACTICES OF TRUST IN COLOMBIA

Lida Adriana García Badillo
Ingeniera Comercial con énfasis en Mercadeo
Especialización en Gerencia Integral de Proyectos.
Universidad Militar Nueva Granada.
Bogotá, Colombia
nana_garcia_badillo@hotmail.com

RESUMEN

El presente artículo tiene el objetivo de establecer mediante casos prácticos de la jurisprudencia Colombiana la realización de malas prácticas al momento de suscribir contratos fiduciarios. Es importante establecer que la misma considera que los criterios para determinar si se está ante un profesional son tres. En primer lugar, que ha desarrollado una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular; de un técnico especializado. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o prevenir los daños que su actividad puede generar.

Palabras Clave: Fiduciaria, Encargo fiduciario, Patrimonio Autónomo, Laudo arbitral y sociedades fiduciarias

ABSTRACT

This article aims to establish by case studies of the Colombian jurisprudence carrying out bad practices at the time of signing contracts trust. It is important to establish that it considers that the criteria for determining whether this constitutes a professional three. First, it has developed a specialized activity, routinely and normally for remuneration; on the other hand, you must have an organization, through which it can act effectively and anticipate or predict the risk of damage that its activities may cause to others; and finally it has a position of dominance based on professional competence or special technical skill achieved by their expertise in a technical or scientific field that put it above others. This is a person with particular qualifications; a specialist. The professional therefore must be able to master the risks of handling things and to avoid or prevent damage that their activity can generate.

Keywords: Fiduciary, trust management, Autonomous Equity, arbitration award and trust companies.

INTRODUCCIÓN

La palabra fiducia significa fe, confianza, la fiducia es un contrato por medio del cual una persona llamada Fideicomitente, entrega bienes a una Sociedad Fiduciaria para que ésta cumpla una finalidad determinada a favor del Fideicomitente o de un tercero, denominado Beneficiario. Existen dos modalidades de fiducia: Fiducia mercantil cuando hay transferencia de la propiedad del bien y encargo fiduciario cuando no hay transferencia de la propiedad [1].

Los contratos fiduciarios se diferencian según las actividades que se le encomiendan a la Sociedad Fiduciaria, de esta forma, se agrupan en cinco tipos de productos fiduciarios, según lo establecido por la Superintendencia Financiera: Fiducia de Administración, Fiducia de Inversión, Fiducia Inmobiliaria, Fiducia con recursos del sistema general de seguridad social y otros relacionados [1].

En Colombia se encuentra la normatividad relacionada con la fiducia desde la adopción del Código Civil que consagra la propiedad fiduciaria (Título VIII), entendida como propiedad sujeta al gravamen de pasar a otra persona cuando se verifique una condición [1].

Mediante la (Ley 45 de 1923), se consagró el encargo de confianza como operación autorizada a los bancos a través de sus secciones fiduciarias. En el año 1971 se expide el Código de Comercio (Título XI, Libro Cuarto), regulando la fiducia mercantil en virtud de la cual, con los bienes transferidos en propiedad se conforma un patrimonio autónomo e independiente. [1].

La Ley 45 de 1990, mediante la cual se dictaron normas en materia financiera, impulsó la actividad fiduciaria al establecer que solo podía ser desarrollada a través de sociedades anónimas con objeto social exclusivo, previa autorización del Estado; y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina las actividades que pueden realizar las sociedades fiduciarias, manteniendo la figura del encargo fiduciario [1].

Por su parte, el Estatuto de la Contratación administrativa (Ley 80 de 1993) introdujo una nueva modalidad adicional a la del encargo fiduciario y la fiducia mercantil, llamada fiducia pública, que junto con los encargos fiduciarios con entidades estatales, han contribuido al reconocimiento de la fiducia como herramienta confiable para los fines del Estado [1].

Las malas prácticas que trata en este artículo obedecen a acciones o decisiones que toman las sociedades fiduciarias, los profesionales que laboran en ellas, fideicomitentes y terceros que van en contra de la ética y la moral, y, en algunas ocasiones, en contra de las normas legales.

De acuerdo a lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de cumplir con una finalidad específica. [3].

La normatividad que regula la fiducia mercantil se encuentra, en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, y para el encargo fiduciario, numeral 2 del artículo 29 y 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con el cual al encargo fiduciario le son aplicables todas aquellas normas que nutran la fiducia mercantil y subsidiariamente las relativas al contrato de mandato regulado en el Código de Comercio. [3].

El contrato de fiducia ha tenido en los últimos diez años un desarrollo muy importante en el país, al punto que se ha convertido en herramienta jurídica insustituible para el desarrollo de los más variados fines, en sus modalidades de inversión, garantía, y administración. El negocio fiduciario en Colombia va penetrando cada vez más el mercado. El ciudadano común se va acostumbrando a solicitar los servicios de las fiduciarias para los fines más diversos: inversión, gestión de portafolios, titularizaciones, venta de bienes, garantía de deudas, administración de bienes, etc. Indudablemente hay un nuevo competidor en el mercado financiero en Colombia que va ganando terreno y diversificando su campo de acción. Proyectos tan importantes como Transmilenio en Bogotá, la construcción de la hidroeléctrica Hidromiel, en el centro del país, la construcción de Ciudad Salitre al occidente de la capital, se han hecho realidad mediante la utilización de esquemas fiduciarios. [2].

Teniendo en cuenta que la Fiduciaria se ha venido desarrollando de manera acelerada en los últimos tiempos, actualmente Colombia cuenta con veintiséis fiduciarias altamente competitivas, es por ello que en muchas ocasiones por su afán de competir, de generar ingresos, algunas de ellas incurren en malas prácticas que desvirtúan el deben ser de la fiducia, ser profesionales y diligentes en cada una de sus actuaciones [1].

Las malas prácticas se evidencian tanto en fiduciarias públicas como privadas, porque permiten la estructuración y operación de negocios cuya finalidad es la administración de recursos públicos, sin tener en cuenta la normatividad ni los riesgos asociados a tales dineros ocasionando detrimento a las finanzas públicas. En muchas ocasiones los dineros están quedando en manos de terceros privados que solo buscan un beneficio personal, el financiamiento de sus actividades. Adicionalmente se evidencia que las fiduciarias no cuentan con el personal debidamente calificado, por cuanto sus responsabilidades son de medio y no de resultado, absteniendo de ser diligentes en la administración de los negocios fiduciarios.

Aunque es deber de la fiduciaria en su calidad de profesional informar los riesgos y limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del contrato. Es procedente precisar, que el contrato fiduciario es un negocio y como tal lo que busca es una ganancia, es decir se está perdiendo el verdadero sentido con el que se creó la fiducia, que es un contrato de confianza y de buena fe entre las partes, así como de transparencia e idoneidad de los profesionales que laboran en ella.

La jurisprudencia considera que los criterios para determinar si se está ante un profesional son tres: En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia que lo colocan por encima de los demás. Se trata de un profesional con una idoneidad. Es por ello que es un profesional, capaz de dominar los riesgos de los contratos y de evitar o precaver daños que su actividad usualmente conlleva. [1].

Expuesto lo anterior, el presente trabajo tiene el objetivo de establecer mediante casos prácticos de la jurisprudencia Colombiana cómo afectan a las Sociedades Fiduciarias, terceros y trabajadores la realización de malas prácticas, al momento de suscribir contratos fiduciarios de acuerdo con la normatividad instituida para tal fin.

1. MATERIALES Y MÉTODOS

1.1. Descripción general del negocio fiduciario en Colombia

El contrato de fiducia mercantil se encuentra establecido en el artículo 1226 C.Co.; a su vez, las sociedades fiduciarias y sus operaciones autorizadas se encuentran consagradas en los artículos 2916, 5317, 8018, 11919, 14920 y 15121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF, dcto. 663 de 1993), entre otros; de igual manera, el espectro regulatorio es ampliado por el decreto 2555 de 2010, libro 5 y la Circular Básica jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, que fue modificada en su capítulo V por la Circular Externa 046 de 2008, de la Superintendencia Financiera. [4].

1.1.1. Principios de la fiducia

Las partes que celebran un negocio fiduciario adquieren responsabilidades y derechos que se sustentan en los principios de buena fe, lealtad y equilibrio contractual. Las Sociedades Fiduciarias y los Fideicomitentes están llamados a mantener una conducta acorde con dichos principios para el buen suceso y seguridad en el negocio fiduciario. Entre estos deberes, se destaca el deber de las Sociedades Fiduciarias de dar información a sus clientes acerca de las limitaciones existentes en el negocio fiduciario de que se trate. Del mismo modo, corresponde al Fideicomitente suministrar información completa sobre los aspectos involucrados en el negocio y la necesaria para el conocimiento del cliente por parte de la sociedad fiduciaria. [4].

1.1.2. Prohibiciones de la fiducia

De acuerdo con la ley están prohibidos los negocios fiduciarios que sirvan de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales (Parágrafo del artículo 2.5.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010). Los negocios fiduciarios secretos. (Artículo 1230 del Código de Comercio) y aquellos negocios que designen diferentes beneficiarios en forma sucesiva. (Artículo 1230 del Código de Comercio). Igualmente los encargos y contratos que celebren las sociedades fiduciarias, no podrán tener por objeto la asunción por parte de éstas de obligaciones de resultado, salvo aquellos casos en que así lo prevea la ley. (Numeral 3 artículo 29 del EOSF). [3].

Con fundamento en lo señalado en el artículo 326, numeral 5°, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia califica como práctica ilegal e insegura la estructuración y celebración de contratos de fiducia mercantil en cuyo objeto esté previsto que para la obtención de recursos se permita la vinculación de terceros, llámense inversionistas, cesionarios de beneficios, acreedores, o cualquier otra denominación similar, o que impliquen la recepción de recursos en calidad de aportes con cargo al pago del precio de los derechos de beneficio cedidos, en los cuales la Fiduciaria no se haya reservado la potestad de oponerse al ingreso de

dichos terceros o no asuma responsabilidad alguna en la verificación de la legalidad de tales operaciones y en la procedencia y origen lícito de tales recursos.[3].

1.2. Actos Constitutivos y de Registro

El contrato fiduciario ha de estar documentado, tal como se desprende del estatuto mercantil que presupone la existencia de un acto de constitución de la fiducia. El contrato fiduciario puede constituirse por documento privado. No obstante, cuando se trate de contratos de fiducia mercantil que versen sobre bienes cuya transferencia esté sometida a la solemnidad de instrumento público, deberán elevarse a escritura pública. (Artículo 2.5.1.1.1 Decreto 2555 de 2010). De conformidad con el numeral 3 del Artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los contratos que consten en documento privado y versen sobre bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley. [3].

1.3. Identificación de la normativa colombiana como ente regulador de la fiducia.

La autoridad de supervisión de la actividad fiduciaria en Colombia es la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la cual el Presidente de la República ejerce la inspección, control y vigilancia sobre las personas que realizan la actividad financiera, aseguradora y previsional. El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé las operaciones que constituyen el objeto social de las sociedades fiduciarias, y el artículo 119 numeral 1º literal a) ibídem establece que tales sociedades deben tener objeto exclusivo.

Sobre este particular el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 1996, manifestó "Las sociedades fiduciarias como sociedades de servicios financieros que son, ejercen su actividad de acuerdo con lo previsto expresamente en las disposiciones normativas que las rigen, motivo por el cual sólo pueden realizar las actividades que taxativamente aquéllas les señalan. [3].

1.3.1. Normatividad establecida a las sociedades fiduciarias

A diferencia de otros países, el desarrollo de la fiducia en Colombia ha sido significativo por el impulso normativo que le otorgó la reforma financiera a través de la Ley 45 de 1990. A partir de ese momento, las áreas fiduciarias de los bancos debieron constituirse como sociedades anónimas con un capital propio y con requerimientos mínimos de capital. Las normas que regulan el desarrollo de la actividad fiduciaria en Colombia son entre otras el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - Decreto 663 de 1993, la Circular Básica Jurídica, la Circular Básica Contable, la Ley 80 sobre contratación estatal y las demás expedidas por las autoridades competentes (Ver tabla 1). [3].

Tabla 1. NORMATIVIDAD SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Nombre	Contenido
Circular Básica Contable y Financiera (C.E. 100 de 1995)	Circular Básica Contable y Financiera y remisión de información.
Circular Básica Jurídica Título V (C.E. 007 de 1996)	Circular Básica Jurídica
Código del Comercio Libro Cuarto Título XI	Artículos sobre Sociedades Fiduciarias.
Constitución Política de 1991	Constitución Política de la República de Colombia. Artículos relacionados con las funciones de la Superintendencia Financiera de Colombia.
Estatuto Orgánico del Sistema Financiero *	Normas relacionadas con las Entidades Financieras. (Decreto 663 de 1993).
Histórico de Circulares	Histórico de Circulares Archivo histórico de las Circulares Externas y Cartas Circulares expedidas por la Superintendencia Financiera.
Ley 1116 de 2006 Establece	Ley 1116 de 2006 Establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia.
Ley 222 de 1995 Modifica	Ley 222 de 1995 Modifica el libro 2 del Código de Comercio, expide un nuevo régimen de procesos concursales y dicta otras disposiciones.
Ley 80 de 1993	Ley 80 de 1993 Artículos sobre Fiducia Pública.
Ley 1474 de 2011	Estatuto Anticorrupción
Ley 1328 de 2009	Ley 1328 de 2009 Normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.
Decreto 2555 de 2010	Decreto 2555 de 2010 Se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores.
Decreto 4800 de 2011	Se reglamenta la Ley 1448 de 2011 (atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno)
Ley 1508 de 2012	Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas
Ley 1480 de 2011	Estatuto del Consumidor - Atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia.
Decreto 1510 de 2013	Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Fuente: Asofiduciarias **año:** 2015

1.4. Retos de la Fiducia en Colombia

Teniendo en cuenta el alto desarrollo de la fiducia en Colombia y sus inmensos aportes a la economía del país, son grandes los retos y los proyectos que se pueden llevar a cabo a través de las Sociedades Fiduciarias, entre los cuales se destacan los siguientes:

1.4.1. Fiducia y Estructuras de Financiación

De acuerdo con los últimos desarrollos normativos, se propone incentivar la vinculación de capital privado al sector de infraestructura, así como una adecuada planeación y la elaboración de estudios técnicos que permitirá generar proyectos mejor estructurados con una agenda continua de inversión en obras públicas. Estas estructuras actúan como receptores de derechos económicos y de explotación de activos públicos, derechos derivados de contratos de venta (proyecto - offtakers), y adicional sirven como mecanismo de garantía designando como beneficiarios a los financiadores lo que minimiza en cierta medida los riesgos en los proyectos. [1].

1.4.2. Fiducia y Project Finance

La relación entre los instrumentos fiduciarios y la financiación de infraestructura tiene su origen en los principios básicos del Project finance que es una estructura de financiación en la cual los flujos de caja futuros representan la fuente de repago de la misma. Esta estructuración requiere una adecuada asignación de riesgos entre las partes intervinientes y asegurabilidad de los flujos de caja futuros, debe desarrollarse Off Balance (SPV) para lo cual un patrimonio autónomo puede servir como vehículo para diferenciar los flujos de caja del proyecto y del sponsor, aislar patrimonialmente el proyecto de su sponsor, no afectar la capacidad de endeudamiento del sponsor y al ser auto contenido el riesgo se distribuye entre financiadores y sponsors[1].

1.5. Exposición de casos de jurisprudencia en el caso colombiano

Las sociedades fiduciarias son profesionales en el ejercicio de su función tema ya tratado y admitido pacíficamente por la jurisprudencia, es por ello que se analizarán los laudos arbitrales y jurisprudencia en donde pone de manifiesto los deberes y obligaciones de las fiduciarias, en los cuales se puede determinar que en muchas ocasiones las malas prácticas pueden poner en riesgo los negocios administrados por las sociedades fiduciarias, afectando a las partes intervinientes en los mismos de manera directa o indirecta.

1.5.1. Tribunal de Arbitramento de Inurbe contra Fiduagraria

En el caso del tribunal de arbitramento, se consideró como ente demandante al Inurbe, el cual es el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana., quien se encarga de coordinar actividades con las entidades del Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social para el desarrollo de las políticas respectivas y la aplicación de la Reforma Urbana. Y por otra parte, Fiduciaria de Desarrollo

Agropecuaria S.A., sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional, vigilada por la superintendencia Financiera. [5].

El objeto de los contratos tratados en este documento son: Para el caso del Contrato N° 58/94 consistía en la administración, inversión y pago, por parte de la FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones de este contrato y en el caso de los contratos N° 66/95 y N° 34/96 era la administración y pago, por parte de la FIDUCIARIA, de los recursos del subsidio familiar de vivienda que le entregue el FIDEICOMITENTE, de acuerdo a las estipulaciones del contrato. [5].

El problema radica según el Inurbe, por el no cumplimiento por parte de FIDUAGRARIA de las obligaciones establecidas contractualmente y las demás que se estipularon en la junta del fideicomiso máximo órgano decisorio, como fueron el no asesorar al fideicomitente con la debida diligencia y experticia en el manejo de las inversiones atendiendo criterios de seguridad, rentabilidad, liquidez, disponibilidad y riesgo en la administración de recursos públicos para un fin específico. Adicionalmente por no cumplir con el tiempo establecido para la revisión previa de los documentos que soportaban el pago del subsidio Familiar de Vivienda. Y por parte de Fiduagraria por el no cumplimiento por parte del Inurbe del pago pactado de la comisión fiduciaria, así como la no entrega de la totalidad de los recursos objeto del contrato. [5].

Es importante precisar que la Doctrina señala que para que surja la responsabilidad contractual es necesario un incumplimiento imputable al deudor, la generación de un perjuicio al acreedor como resultado de ese incumplimiento y la mora del deudor si la obligación es positiva. Por tanto, deberá acreditarse la existencia de la fuente de las obligaciones, las prestaciones que de dicha fuente se derivan; el incumplimiento de las mismas y el perjuicio producido por tal incumplimiento, es por ello que para este caso no se declara que FIDUAGRARIA incumplió tales obligaciones, no obstante, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia (ausencia de la prueba del daño, como elemento de la responsabilidad civil), el Tribunal se abstiene de proferir las condenas impetradas por el INURBE como derivadas de tales incumplimientos. [5].

No obstante ante lo señalado anteriormente por parte de la jurisprudencia, no es menos cierto que aunque no se materializo el daño, es evidente que Fiduagraria incurrió en malas prácticas como fueron las de pretermir deberes o desbordar facultades que le imponían la ley o los mismos contratos, así como al no proceder con las precauciones y prudencia que le imponía la calidad de los dineros entregados por el Inurbe en ejecución de estos contratos y al no haber prestado unos determinados servicios de asesoría a los que se comprometió FIDUAGRARIA contractualmente. [5].

Adicionalmente por no poner a disposición del FIDEICOMITENTE toda su experiencia, conocimientos jurídicos, medios técnicos e institucionales; y realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del presente

encargo; Al no ejecutar sus labores asesoras con criterios de profesionalismo y prudencia, tal y como lo exigían el objeto y la finalidad de los contratos, la naturaleza de sus funciones. [5].

Así las cosas, cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo debe realizar lo especialmente previsto contractualmente, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta. [5].

1.5.2. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal sentencia condenatoria

Las partes en este proceso fueron en calidad de condenado WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ que se desempeñó como Gobernador de Casanare entre septiembre de 2006 y diciembre de 2007, Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., sociedad anónima de economía mixta, del orden nacional, vigilada por la superintendencia bancaria y Fidupetrol: Sociedad Fiduciaria en liquidación. [7].

El objeto de los contratos fue la inversión realizada durante su administración años 2006 y 2007, de recursos de excedentes de liquidez en patrimonios autónomos bajo la figura contractual de oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición con las empresas Green Mountaing Consulting, Chacón Bernal Asociados, Cosacol, U.T. Likuen, consorcio Bogotá-Fusa y Viaducto Muña, por valor de \$63.000.000.000,00. [7].

La oferta comercial de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición fue una modalidad usada para ubicar recursos con el compromiso de retornarlos en el plazo pactado y rendimientos, siendo el patrimonio autónomo apenas una fuente subsidiaria de ese pago ante un eventual incumplimiento por parte del fideicomitente. [7].

El problema obedeció a la pérdida efectiva de recursos públicos, constatada a través de la inspección a la Gobernación de Casanare cuyos resultados se condensaron en el informe 602784 FGN.CTI.DN.GIFDCSJ del 4 mayo de 2011 conforme al cual las inversiones han dejado un faltante de \$44'342.813.565,00, sin incluir los rendimientos financieros, ni intereses por mora. [7].

El evidente el desconocimiento de las partes intervinientes en el contrato fiduciario de los artículos 1502 y 1519 del Código Civil, aplicables en materia de contratación pública, dado que las ofertas versaron sobre objeto ilícito, por contravenir el derecho público de la Nación, esto es, las explícitas alternativas previstas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003. [7].

Es importante precisar que aunque las ofertas se hubieran celebrado con la intervención de FIDUAGRARIA y FIDUPETROL, no satisface la exigencia de la Ley 819 de 2003, porque está probado con las minutas que recogen esos contratos que la fiduciaria obraba como simple vocera del fideicomiso precedente y no administraba recursos de la Gobernación del Casanare si no que estos recursos ingresaban a los patrimonios autónomos a nombre y por cuenta de los fideicomitentes por manera que tampoco respondía por su correcta utilización y retorno. [7]

A su vez, si se admitiera como pretende la defensa que los compromisos se pactaron entre la gobernación y las fiduciarias, los contratos devendrían igualmente en ilegales, pues tampoco se cumplió ninguna de las exigencias que para el contrato de fiducia pública establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma que prohíbe la transferencia del dominio sobre los recursos oficiales fideicomitados, como la constitución de patrimonios autónomos independientes del propio de la entidad pública, y porque, en esos casos, su celebración debe estar precedida de concurso o licitación pública, requisitos todos omitidos en el caso bajo examen. [7]

Para el caso, en virtud de la naturaleza de los recursos comprometidos a través de dichas ofertas, correspondientes a excedentes de liquidez, era imperativo que las fiduciarias realizaran los análisis jurídicos y de riesgos necesarios, máxime tratándose de dineros públicos, es por ello que debió sujetándose a las alternativas de inversión previstas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, esto es, la adquisición de (i) títulos de deuda pública interna de la Nación, (ii) títulos que cuenten con alta calificación de riesgo crediticio; o, (iii) títulos depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, absteniéndose admitir y estructurar este tipo de negocios que a todas luces son de altísimo riesgo para las finanzas públicas generando un detrimento. [7]

1.5.3. Tribunal de arbitramento entre Vías Canales y Puertos Ltda y Fiduciaria Tequendama S.A.

En el caso del tribunal de arbitramiento, se consideró como ente demandante a Vías Canales y Puertos Ltda. Y por otra parte, la demandada Fiduciaria Tequendama S.A., sociedad de servicios financieros, fiduciaria, constituida bajo la forma de sociedad comercial anónima vigilada por la superintendencia Financiera. [6].

El objeto del contrato fue la constitución de un encargo fiduciario denominado el Gran Mochuelo, mediante el cual se contempló la enajenación del lote en el que se realizaría la construcción, la constitución del patrimonio autónomo y las obligaciones de las partes, razón por la cual Vías Canales y Puertos Ltda., fue contratada por la Fiduciaria Tequendama S.A., para que por el sistema de administración delegada procediera a la construcción del proyecto en mención. [6].

El problema nace debido a que el contrato no señaló fecha o plazo para la ejecución del proyecto y dejó este aspecto a cargo de la junta del fideicomiso. Inicialmente se calcularon 18 meses contados a partir del acta de iniciación, o sea el 7 de junio de 1996, pero se transformó en indeterminado. Desde antes de la iniciación de las obras

se presentaron retrasos por modificaciones exigidas por las autoridades y por fallas geológicas del terreno. [6].

En el contrato se pactó como remuneración un 10% de los costos directos y reales de construcción y en el curso del contrato se pagó una suma mayor a esta. Respecto de los honorarios se acordó que se pagarían en sumas mensuales de \$ 22.612.090 pero el primer pago se hizo por \$ 15.594.462. De los pagos se descontaba el 30% para abonar a unos encargos fiduciarios y el 5% para un fondo que garantizaba el pago de las sumas a cargo del contratista. [6].

La firma Vías Canales y Puertos Ltda., incumplió de manera recurrente las obligaciones a su cargo como la entrega de la programación del proyecto, atrasos en su ejecución, incumplimiento de los compromisos adquiridos en los comités de obra; tramitó deficientemente el reglamento de propiedad horizontal y los servicios públicos, y manejó indebidamente los recursos del fondo rotatorio para atender obligaciones propias. Expuesto Como consecuencia de lo anterior, Fiduciaria Tequendama S.A., actuando como vocera del fideicomiso El Gran Mochuelo dio por terminado el contrato civil de construcción por administración delegada y solicitó que se iniciara la entrega de la obra. [6].

Expuesto lo anterior y teniendo en cuenta que Fiduciaria Tequendama S.A., en forma unilateral e injusta dio por terminado el contrato de obra civil por administración delegada, sin que mediara ni en la carta de terminación ni en ningún documento anterior o posterior a la carta, cualquiera de las causales contempladas en las cláusulas veintiuna y veintidós del contrato, para ponerle término al mismo incumplió con lo establecido contractualmente, así mismo no analizo ni previno los daños que podría causarle el patrimonio en mención en su calidad de vocero del mismo al tomar este tipo de decisiones. [6]

La Fiduciaria tampoco cumplió de manera íntegra con las obligaciones derivadas del contrato. De conformidad con la cláusula sexta del contrato, la obligación de esta de remunerar al contratista por la construcción de la obra se estipuló en los “honorarios correspondientes al 10% de los costos reales de la construcción; más IVA” (cláusula 7ª, valor del contrato), generando perjuicios al contratista por no pagar la totalidad de los dineros. [6]

Razón por la cual la Fiduciaria Tequendama S.A., como representante del patrimonio autónomo El Gran Mochuelo, fue condenada para que con cargo a este pague a Vías Canales y Puertos Ltda., la cantidad de cuarenta y nueve millones setecientos seis mil seiscientos veintidós pesos (\$ 49.706.622), que equivale a la diferencia entre los honorarios ya pagados y los que le hubieran correspondido sobre la totalidad de la obra, más intereses bancarios corrientes por la suma de cuarenta y siete millones novecientos nueve mil dieciséis pesos (\$ 47.909.016). Así como pagar a Vías Canales y Puertos Ltda., la cantidad de doce millones ochenta y cinco mil setecientos setenta y tres pesos (\$ 12.085.773), suma que proviene del 5% de retención mensual según las normas del contrato, más intereses moratorios por la suma de veintiún millones seiscientos veintitrés mil ochocientos treinta y un pesos (\$ 21.623.831). [6]

2. RESULTADOS Y DISCUSIONES

2.1. Malas prácticas de la fiducia en Colombia

2.1.1. Tribunal de Arbitramento de Inurbe contra Fiduagraria

Se evidencia que a pesar que el tribunal no condeno a Fiduagraria, porque no encontró sustento jurídico; es decir ausencia la prueba del daño si se pueden establecer malas prácticas como fueron: el no asesorar al fideicomitente en el manejo del riesgo en las inversiones; ocasionando la afectación de los beneficiarios del subsidio de vivienda a quienes no se les giro el dinero en los tiempos establecidos por no contar con los mismos de manera inmediata debido a que se invirtieron en operaciones de largo y mediano plazo.

Por no haber brindado al fideicomitente toda su experiencia, conocimientos jurídicos, medios técnicos e institucionales; y por no realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad del encargo al no ejecutar sus labores de asesorar con criterios de profesionalismo y prudencia, tal y como lo exigían el objeto y la finalidad del contrato.

2.1.2. Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal

Servir como instrumento para la estructuración y operación de contratos fiduciarios, que a simple vista se evidenciaban que no eran legales, porque no cumplían con la normatividad establecida para la vinculación de entidades públicas. No actuar con la debida diligencia informando los riesgos de tales operaciones, evitando un detrimento a las finanzas públicas.

Se evidencia que la fiduciaria Fidupetrol fue promotora de un negocio ilegal, teniendo en cuenta que algunos de sus funcionarios intervinieron en la estructuración de las operaciones ofreciéndoselas a terceros con el fin que estos accedieran a excedentes de liquidez de entidades territoriales; destinando tales recursos a la financiación de sus actividades mercantiles a cambio de ofrecer una altísima rentabilidad. Expuesto lo anterior se demuestra claramente la mala fe y malas prácticas de la Sociedad Fiduciaria, desconociendo por completo sus deberes de transparencia y legalidad que deben primar en todas sus actuaciones. [1]

2.1.3. Tribunal de arbitramento entre Vías Canales y Puertos Ltda y Fiduciaria Tequendama S.A.

La Fiduciaria Tequendama actuando como vocera del fideicomiso El Gran Mochuelo no procedió de manera diligente cuando tomó la decisión de dar por terminado el contrato civil de construcción y solicitar se iniciara la entrega de la obra, omitiendo el procedimiento establecido contractualmente, que consistía en comunicarle de manera escrita con diez días de antelación a Vías Canales, la terminación del contrato, sin que fuera menester invocar causal o justificación alguna. O simplemente podía darlo por terminado, particularmente, ante la ocurrencia de una o algunas de

las causales previstas en la cláusula vigesimoprimera del contrato dado que estaba facultado para ello.

Esta decisión puso en riesgo la finalidad contrato, por cuanto debió anticiparse y prever los riesgos asociados al no cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que para este caso, fueron las demoras en el desarrollo del proyecto. La Fiduciaria debió tomar acciones inmediatas limitándose a lo contractual para evitar el pago de costas debido a su mala gestión.

2.2. Aporte propio frente a las malas prácticas identificadas de acuerdo a los casos.

Analizados los diferentes casos de la jurisprudencia colombiana; se puede evidenciar que las malas prácticas son comunes y recurrentes para todos; se destacan las siguientes: Falta de diligencia de las Sociedades Fiduciarias, al momento de administrar los negocios, inexistente prevención y control de los riesgos asociados a los productos ofrecidos y recursos administrados, no cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como el no ir más allá de sus obligaciones al momento de establecer posibles problemas que pueden afectar el normal desarrollo del negocio, no contar con el personal idóneo y calificado, así como la falta de lealtad y buena fe de los profesionales que se prestaron para la realización de negocios ilegales que van en detrimento de las finanzas públicas, y por último el desconocimiento de la normatividad jurídica y legal al momento de estructurar y operar negocios fiduciarios.

2.2.1. Falta de diligencia de las Sociedades Fiduciarias y el no cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es innegable que la responsabilidad de las sociedades fiduciarias es de medio y no de resultado, es por ello que se debe considerar que en las obligaciones de medio la culpa y el incumplimiento son una misma cosa y quien demuestra el incumplimiento demuestra también la culpa. Es importante precisar que un contrato en esencia es la relación mutua de colaboración que se exigen entre las partes y que se celebra con el fin de lograr un propósito. El cumplimiento de la finalidad depende que cada parte cumpla con sus deberes y derechos. Pero tales obligaciones no pueden limitarse, razón por la cual las Sociedades Fiduciarias juegan un rol muy importante, compartiendo toda su experiencia y capacidad en el logro de los objetivos, previendo futuros problemas que puedan afectar el buen desarrollo de los negocios administrados anticipándose a ellos.

2.2.2. Control y prevención de riesgos asociados a los contratos que manejan

Una de las principales obligaciones de las sociedades fiduciarias es prever los riesgos antes de ofrecer un producto a un cliente; es decir debe hacer el análisis de los riesgos inherentes al contrato mediante la elaboración de una matriz de riesgos, la cual tipifique, asigne, califique el impacto y lo cuantifique. Es importante resaltar que la tipificación del riesgo consiste básicamente, en definir qué hacer en aquellos

hechos previsibles que puedan presentarse en la ejecución del contrato fiduciario y que ocasionen un daño económico, una vez valorado, se procede a realizar la asignación y distribución del riesgo y del costo entre las partes, es procedente analizar el riesgo frente a la probabilidad que ocurra o no el impacto y lo que este pueda generar así como su respectiva valoración. Esta sería la manera correcta como las fiduciarias podrían mitigar los efectos de los sucesos adversos que se puedan producir durante la vigencia del contrato, es allí donde se puede determinar la verdadera capacidad que tiene la fiduciaria de administrar un contrato.

Es importante resaltar que el análisis de riesgos deber realizarse en todas las etapas de un negocio fiduciario, como son precontractual, ejecución, terminación y liquidación, es por ello que para el caso de Inurbe y Fiduagraria, esta última debió haber advertido a su cliente sobre los evidentes riesgos que implicaban las inversiones temporales que él le encomendó, es decir que sabiendo, como tenía que saber que las inversiones que se hacían en cooperativas conllevaban muy serios peligros que había que manejar con redoblada prudencia, tan solo se limitó a seguir las instrucciones del comité fiduciario, quien le ordenó realizar las mencionadas inversiones, es decir la Fiduciaria de manera diligente debió alertar al Inurbe de los riesgos y en última instancia abstenerse de realizarlas en beneficio de las partes. Estos hechos se hubiesen podido prevenir o mitigar en la etapa precontractual, al momento de realizar la matriz de riesgos respectiva.

2.2.3. Personal idóneo y especializado

Es importante precisar que las Sociedades Fiduciarias necesitan personal especializado teniendo en cuenta que la actividad que van a desarrollar requiere de un gran conocimiento y experticia, así mismo estos profesionales cuentan con una organización seria y responsable que establece los lineamientos para el desarrollo de su actividad y gracias ello pueden actuar; de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos y daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos, no obstante lo anterior en muchas ocasiones y en su afán de reducir costos y obtener mayores ganancias las fiduciarias vinculan personal que no cumple con los requisitos mínimos, poniendo en riesgo la administración de los bienes fideicomitidos, así como a los terceros vinculados en los contratos; un profesional calificado puede en el desarrollo de su actividad anticiparse y detectar posibles fallas en los procesos o en la administración de los negocios y proponer de manera inmediata soluciones que benefician a las partes y así evitar tener que dirimir diferencias en los tribunales de arbitramento.

2.2.4. Falta de lealtad y buena fe

Teniendo en cuenta que para la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del código de comercio principios generales del negocio fiduciario se establece que de acuerdo al carácter profesional de las de las

sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, deber que les asiste desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del contrato. El alcance de esta obligación deberá consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato.

Para el caso de las Ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, algunas sociedades fiduciarias actuando de mala fe diseñaron patrimonios autónomos, con el fin de fondear negocios de carácter privado, con dineros públicos, dineros que ingresaban por cuenta y nombre de privados es decir los Fideicomitentes perdiendo así supuestamente su origen público. Por tales operaciones los departamentos y municipios obtendrían altísimos rendimientos hasta la fecha de readquisición de las ofertas en donde serían devueltos en su totalidad, lo cual no sucedió por cuanto los proyectos fracasaron o simplemente fueron proyectos de papel que lo único que buscaban era la manera de apropiarse de dineros públicos para su beneficio personal.

Actualmente es materia de investigación la participación y responsabilidad penal de los funcionarios de las entidades fiduciarias que prestaron su concurso en la estructuración de tales negocios, así mismo como quienes los operaron y los intermediarios ya referidos en el cuerpo de esta decisión, que contactaron bien a los empleados de la Gobernación o a los particulares que demandaban del flujo de recursos para sus actividades privadas, recibiendo por ello generosas comisiones, desconociendo por completos sus deberes de transparencia y legalidad que debe primar en todas sus actuaciones.

2.2.5. Desconocimiento de la normatividad jurídica y legal.

Se evidencia que en muchas ocasiones que las Sociedades fiduciarias a pesar de su conocimiento y experiencia no tienen en cuenta la normatividad o simplemente la omiten en beneficio de sus propios interés, al momento de realizar contratos Fiduciarios, es decir para el caso de las ofertas de Cesión con Pacto de Readquisición, en virtud de la naturaleza de los recursos comprometidos a través de dichas ofertas, correspondientes a excedentes de liquidez, era imperativo que las fiduciarias realizaran los análisis jurídicos, legales y de riesgos necesarios, es por ello que debió sujetándose a las alternativas de inversión previstas en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, esto es, la adquisición de (i) títulos de deuda pública interna de la Nación, (ii) títulos que cuenten con alta calificación de riesgo crediticio; o, (iii) títulos depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio, absteniéndose admitir y estructurar este tipo de negocios que a todas luces son de altísimo riesgo para las finanzas públicas generando un detrimento.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que la infraestructura de Colombia tiene un amplio déficit vial, ferroviaria, portuario y aeroportuaria, así como baja calidad y deficiente en el mantenimiento de la misma, dicho déficit se convierte en una de los principales limitantes para la competitividad del país en el marco de una economía globalizada y los TLCs, esto debido a los niveles bajos de inversión en comparación al déficit existente y baja capacidad de inversión del gobierno. Es por ello que todos los instrumentos fiduciarios de financiación que han ido desarrollando pueden servir para impulsar la infraestructura de país permitiendo ser más competitivos, generando confianza entre los interesados, así como facilitar la estructuración de diversos instrumentos de financiación con diferentes niveles de riesgo creando relaciones redituables entre las partes, cumpliendo a cabalidad con los deberes y obligaciones que les asisten.

La autoridad de supervisión de la actividad fiduciaria en Colombia es la Superintendencia Financiera de Colombia, organismo que ha venido trabajando de manera ardua en establecer normas claras para la administración de los negocios fiduciarios así como el diseño de normas que permitan prevenir y/o eliminar las malas prácticas que se han venido presentando en el sector, con dichas normas se busca minimizar los daños o perjuicios que puedan generar a las partes intervinientes en la celebración de contratos fiduciarios, como es el caso de las Ofertas Comerciales de Cesión de Derechos de Beneficio con pacto de readquisición mediante la cual la mencionada entidad instauro la (circular externa 046 de septiembre 3 de 2008) donde se establece como practica insegura la realización de este tipo de operaciones.

Con el fin de reducir las malas prácticas que se evidenciaron a largo del documento, se propone que las partes realicen un estudio y/o matriz de riesgo previo, donde se valore, cuantifique, sopesen los riesgos, las ventajas, los inconvenientes que se pueden presentar en el desarrollo del negocio y que se deje una constancia escrita que permita probar en caso de controversia el entendimiento que cada parte tenía del negocio inicial.

Debe ser función de los órganos de control, en este caso de la Superintendencia Financiera de Colombia, la comprobación de la valoración de la Fiduciaria a los riesgos de los productos que ofrece al público buena parte de la obligación de información que tienen las sociedades fiduciarias con sus clientes, especialmente antes de la celebración de los contratos, es la de dar noticia detallada de los riesgos y hay que tener en cuenta que en esta fase de preparación del contrato, esto permitiría a los entes de control evidenciar posibles riesgos emitiendo alertas de prácticas indebidas o establecer normas que permita minimizar el riesgo en futuros contratos fiduciarios.

Con el fin de vincular profesionales idóneos, las Sociedades Fiduciarias deben realizar procesos de selección más exigentes en busca de personal debidamente calificado y especializado, adicionalmente deben establecer pruebas más rigurosas

en cuento a temas de honestidad y confiabilidad, teniendo en cuenta que se están administrando recursos de carácter público y privado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- [1]. Asociación de Fiduciarias, Nociones Fundamentales de Fiducia, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1994, Pág. 59. Hizus, Jorge Roberto, Fideicomiso, Editorial Astrea Segunda Edición, 2004. : www.asofiduciarias.gov.co/
- [2]. Giraldo Bustamante C J; (2015). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral En: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri160.pdf (1 diciembre del 2015).
- [3]. Artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, y numeral 2 del artículo 29 y 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- [4]. Superintendencia Financiera de Colombia, circular externa 046 de septiembre 3 de 2008. En: www.superfinanciera.gov.co/
- [5]. Laudo Arbitral que resolvió las controversias entre el Inurbe (Convocante) y Fidugán (Convocada), y que fue proferido el 3 I de marzo de 2000, siendo árbitros los Drs. Marcela Monroy Torres, Presidenta, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, y Cristian Mosquera Casas. En: www.asofiduciarias.gov.co/
- [6]. Laudo Arbitral que resolvió las controversias entre la Beneficencia de Cundinamarca (Convocante), el Banco Central Hipotecario y la Fiduciaria Central (Convocados), y que fue proferido el 3 I de julio de 2000, siendo árbitros los Drs. Carlos Lleras de la Fuente, Presidente, Jorge Suescún y Jorge Cubiles. www.asofiduciarias.gov.co/
- [7]. Corte Suprema de Justicia sala de casación penal magistrado ponente Bustos Martínez J I 13 de marzo del 2013 En: www.asofiduciarias.gov.co/